Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. BOBEK
fremsat den 18. marts 2021 [1]

Sag C-546/18

FN,
GM,
Adler Real Estate AG,
HL,
Petrus Advisers LLP
procesdeltager:
Übernahmekommission

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig))

»Præjudiciel forelæggelse – artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder – den endelige karakter af afgørelser, som træffes ved afslutningen af administrative procedurer – direktiv 2004/25/EF – overensstemmende fortolkning«

I. Indledning

1. Den foreliggende sag udgøres af to særskilte sager, som Übernahmekommission (overtagelseskommissionen, Østrig) har indledt. Den første (indledende) sag fastlagde de (objektive) faktiske omstændigheder, der udgør en tilsidesættelse af reglerne om obligatorisk overtagelsestilbud. Ifølge de østrigske processuelle regler er den anden (administrative straffe)sag, når den indledende sags konklusioner er blevet endelige, bundet af disse objektive konstateringer ved bedømmelsen af, om de (subjektive) kriterier for den angivelige tilsidesættelse ligeledes er opfyldt, og ved sanktioneringen af de berørte enkeltpersoner.

2. Det er i denne sammenhæng, at Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig) under henvisning til artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og direktiv 2004/25/EF [2] (herefter »direktivet om overtagelsestilbud«) nærmere bestemt ønsker oplyst, om de processuelle rettigheder, som EU-retten tildeler personer, der ikke var parter i den »første runde« af indledende sager, men som på grund af deres respektive hverv i virksomhedsstrukturen af de selskaber, der var parter i den første sag, kan blive pålagt sanktioner i den »anden runde« af administrative sager.

[1] Originalsprog: engelsk.

[2] Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 21.4.2004 om overtagelsestilbud (EUT 2004, L 142, s. 12).

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

3. I henhold til artikel 4, stk. 1, i direktivet om overtagelsestilbud udpeger medlemsstaterne en eller flere myndigheder til at føre tilsyn med tilbud for så vidt angår de regler, der fastsættes i henhold til dette direktiv. Artikel 4, stk. 5, bestemmer:

»Tilsynsmyndighederne tildeles de beføjelser, der er nødvendige for at udføre deres hverv, herunder at tilsikre, at parterne i tilbuddet overholder de regler, der fastsættes i henhold til dette direktiv.«

4. Samme direktivs artikel 5, stk. 1, indeholder forpligtelsen til at fremsætte et overtagelsestilbud. Den forpligtelse opstår, når »en fysisk eller juridisk person ved egen erhvervelse eller ved erhvervelse gennem personer, der handler i forståelse med den pågældende person, kommer i besiddelse af kapitalandele i et selskab som omhandlet i artikel 1, stk. 1, der sammenlagt med pågældendes eksisterende kapitalandele i selskabet og kapitalandele, som besiddes af personer, der handler i forståelse med vedkommende, direkte eller indirekte giver personen en bestemt procentdel af stemmerettighederne i dette selskab, hvorved den pågældende opnår kontrol med selskabet […]«

5. Artikel 17 i direktivet om overtagelsestilbud, der har overskriften »Sanktioner«, fastsætter:

»Medlemsstaterne fastsætter de sanktioner, der skal pålægges ved overtrædelse af de nationale foranstaltninger, der træffes til gennemførelse af dette direktiv, og træffer alle nødvendige forholdsregler for at gennemføre disse. Sådanne sanktioner skal være effektive, stå i rimeligt forhold til overtrædelsen og have præventiv virkning. Medlemsstaterne underretter Kommissionen om disse foranstaltninger senest på den dato, der er fastsat i artikel 21, stk. 1, og om enhver senere ændring heraf hurtigst muligt.«

B. Østrigsk ret

6. Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (lov om forvaltningssager af 1991, herefter »AVG«) regulerer de administrative myndigheders sagsbehandling i Østrig. § 24 i Verwaltungsstrafgesetz 1991 (administrativ straffelov af 1991) fastsætter, at medmindre andet er fastsat, finder AVG ligeledes anvendelse i administrative straffesager.

7. Bundesgesetz betreffend Übernahmeangebote (forbundslov om overtagelsestilbud), BGBl. I, nr. 127/1998 (herefter »ÜbG«) indeholder bestemmelser om de materielle og processuelle aspekter vedrørende offentlige overtagelser af børsnoterede selskabers aktier og andre kapitalandele.

8. I ÜbG's § 1, stk. 6, er begrebet »handle i forståelse med andre« defineret. I henhold til § 23, stk. 1, skal aktier eller kapitalandele i målselskaber, som besiddes i fællesskab, sammenlægges i forbindelse med anvendelse af ÜbG's §§ 22-22b, når parter anses for at »handle i forståelse med andre«.

9. ÜbG's § 22 omhandler pligten til at fremsætte et overtagelsestilbud. Denne pligt påhviler »enhver, der direkte eller indirekte opnår en kontrollerende kapitalandel i et målselskab« inden for en frist på 20 børsdage. I § 22a deri er denne forpligtelse til at fremsætte overtagelsestilbud udvidet til også at omfatte parter, der handler i forståelse med andre, som overtager en »kontrollerede kapitalandel«.

10. ÜbG's § 30, stk. 2, bestemmer, at AVG finder anvendelse på sager indledt af overtagelseskommissionen.

III. De faktiske omstændigheder, de nationale retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

11. Den 22. november 2016 vedtog overtagelseskommissionen en afgørelse (herefter »den indledende afgørelse«) vedrørende Adler Real Estate AG (herefter »Adler«), Mountain Peak Trading LLP (herefter »Mountain Peak«), Westgrund AG (herefter »Westgrund«), Petrus Advisers LLP (herefter »Petrus«) og GM (en fysisk person). Denne afgørelse blev vedtaget i forbindelse med en sag vedrørende erhvervelsen af en »større besiddelse« af aktier svarende til 31,36% af stemmerettighederne i Conwert Immobilien SE (herefter »Conwert«) og den dertil knyttede manglende opfyldelse af forpligtelsen til at fremsætte et obligatorisk offentligt overtagelsestilbud.

12. I den indledende sag fastslog overtagelseskommissionen, at der ved gensidig medregning af stemmerettigheder i henhold til ÜbG's § 23, stk. 1, opnåedes en kontrollerende kapitalandel som omhandlet i ÜbG's § 22. Overtagelseskommissionen havde foretaget denne tærskelvurdering på grundlag af sammenlægningskriterierne for »juridiske enheder, der handler i forståelse med andre«, som er fastsat i ÜbG's § 1, stk. 6. I henhold til ÜbG's § 23, stk. 1, skulle disse stemmerettigheder i Conwert derfor have været gensidigt medregnet med Adlers, Mountain Peaks, Westgrunds, Petrus' og GM's stemmerettigheder for første gang den 29. september 2015. I henhold til ÜbG's § 22a, nr. 1, skulle denne erhvervelse af en »større besiddelse« af »personer, der handler i forståelse med andre«, i princippet have medført et obligatorisk overtagelsestilbud af Conwert inden for en frist på 20 børsdage.

13. Ved afgørelse af 1. marts 2017 forkastede Oberster Gerichtshof (øverste domstol, Østrig) en klage over den indledende afgørelse. Den indledende afgørelse blev endelig.

14. Overtagelseskommissionen indledte efterfølgende administrative staffesager mod bl.a. GM, HL og FN (som alle er fysiske personer). HL's og FN's ansvar opstod som følge af deres funktioner som henholdsvis bestyrelsesmedlem i Adler og direktør for Petrus i den påtalte gerningsperiode.

15. Den 29. januar 2018 vedtog overtagelseskommissionen sin afgørelse vedrørende GM (som en fysisk person), HL (i egenskab af bestyrelsesmedlem i Adler) og FN (i egenskab af direktør for Petrus) (herefter »bødeforlægget«). Overtagelseskommissionen pålagde GM, HL og FN bøder og fastslog, at de respektive selskaber, som HL og FN repræsenterede, hæftede solidarisk.

16. Overtagelseskommissionen baserede i denne forbindelse sine faktiske konstateringer på den indledende afgørelse, navnlig hvad angår hovedkonklusionen om, at de berørte parter på grundlag af en aftale, der blev indgået den 29. september 2015, »handlede i indbyrdes forståelse« som omhandlet i ÜbG's § 22a. GM, HL og FN har ved ikke at fremsætte et obligatorisk

overtagelsestilbud over for overtagelseskommissionen inden for den lovfastsatte frist på 20 børsdage gjort sig skyldig i overtrædelse af ÜbG's § 22a, stk. 1, sammenholdt med § 22, stk. 1, deri. Overtagelseskommissionen pålagde på dette grundlag GM, HL og FN bøder og pålagde Adler og Petrus et solidarisk hæftelsesansvar for de bøder, HL og FN var blevet pålagt.

17. Bødeforlægget blev indbragt for den forelæggende ret, Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager). Denne ret har anført, at i henhold til østrigsk forvaltningsret er en administrativ myndigheds endelige indledende afgørelse bindende for (den samme samt andre) administrative myndigheder og retsinstanser, der skal træffe afgørelse om de samme faktiske og retlige omstændigheder, som der blev truffet afgørelse om i den tidligere indledende afgørelse. Det er en forudsætning for sådanne bindende virkninger, at der foreligger partsidentitet. De samme bindende virkninger skal også overholdes af forvaltningsdomstole, igen med forbehold for, at der foreligger partsidentitet i de to sager.

18. For så vidt angår GM er det den forelæggende rets opfattelse, at der foreligger partsidentitet i forbindelse med sagerne, der ligger til grund for den indledende afgørelse og bødeforlægget. Det er med hensyn til GM endvidere dens opfattelse, at alle de øvrige krav vedrørende den indledende afgørelses bindende virkning i henhold til national ret er opfyldt.

19. For så vidt angår HL og FN er den forelæggende ret i tvivl om, hvorvidt der forelå partsidentitet mellem den indledende sag og den administrative straffesag. Den har henledt opmærksomheden på, at HL og FN ikke var til stede som »parter« i den indledende sag, men blot fungerede som repræsentanter for selskaberne Adler (som HL var bestyrelsesmedlem i) og Petrus (som FN var direktør for). Der forelå alene en sådan »partsstatus« for HL og FN (som fysiske personer) i forbindelse med den administrative straffesag. Ikke desto mindre fastslog overtagelseskommissionen i den administrative straffesag, at der forelå »udvidede bindende virkninger« (»*erweiterte Bindungswirkung*«) i forbindelse med den indledende afgørelse også i forhold til HL og FN (som fysiske personer).

20. På denne faktiske og retlige baggrund har Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er artikel 4 og artikel 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/25/EF af 21. april 2004 om overtagelsestilbud – læst i lyset af det EU-retlige effektivitetsprincip – til hinder for en fortolkning, hvorefter en retskraftig afgørelse vedtaget af tilsynsmyndigheden i henhold til artikel 4 i direktiv 2004/25/EF, hvorved det blev fastslået, at en person havde overtrådt de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af direktiv 2004/25/EF, i forbindelse med en efterfølgende administrativ straffesag mod samme person ikke tillægges bindende virkning, hvorved denne person på ny kan gøre alle faktiske og retlige indsigelser og beviser gældende med henblik på at anfægte den lovovertrædelse, som blev fastslået i den allerede retskraftige afgørelse?

2) Er artikel 4 og artikel 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/25/EF af 21. april 2004 om overtagelsestilbud – læst i lyset af det EU-retlige effektivitetsprincip – til hinder for en fortolkning, hvorefter en retskraftig afgørelse vedtaget af tilsynsmyndigheden i henhold til artikel 4 i direktiv 2004/25/EF, hvorved det blev fastslået, at en juridisk person havde overtrådt de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af direktiv 2004/25/EF, i forbindelse med en efterfølgende administrativ straffesag mod denne juridiske

persons repræsentative organ ikke tillægges bindende virkning, hvorved denne person (dette organ) på ny kan gøre alle faktiske og retlige indsigelser og beviser gældende med henblik på at anfægte den lovovertrædelse, som blev fastslået i den allerede retskraftige afgørelse?

3) (Såfremt [det første spørgsmål] besvares benægtende:) Er artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder til hinder for en national praksis, hvorefter en retskraftig afgørelse vedtaget af tilsynsmyndigheden i henhold til artikel 4 i direktiv 2004/25/EF, hvorved det blev fastslået, at en person havde overtrådt de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af direktiv 2004/25/EF, i forbindelse med en efterfølgende administrativ straffesag mod samme person har bindende virkning, således at denne person er hindret i at anfægte den allerede retskraftigt fastslåede lovovertrædelse i retlig og faktisk henseende?

4) (Såfremt [det andet spørgsmål] besvares benægtende:) Er artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder til hinder for en national praksis, hvorefter en retskraftig afgørelse vedtaget af tilsynsmyndigheden i henhold til artikel 4 i direktiv 2004/25/EF, hvorved det blev fastslået, at en juridisk person havde overtrådt de nationale bestemmelser, der er vedtaget til gennemførelse af direktiv 2004/25/EF, i forbindelse med en efterfølgende administrativ straffesag mod denne juridiske persons repræsentative organ har bindende virkning, således at denne person (dette organ) er hindret i at anfægte den allerede retskraftigt fastslåede lovovertrædelse i retlig og faktisk henseende?«

21. Adler, HL, GM, overtagelseskommissionen samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af Kommissionen har disse parter endvidere besvaret de skriftlige spørgsmål, som Domstolen har stillet dem.

IV. Bedømmelse

22. Nærværende forslag til afgørelse er opbygget på følgende måde. Jeg vil begynde med at redegøre for min forståelse af national ret og på dette grundlag foreslå en forenkling af de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet (A). Jeg vil derefter redegøre for de gældende EU-retlige kriterier (B), inden jeg vender mig mod den foreliggende sag (C).

A. (National lovgivningsmæssig) sammenhæng og de præjudicielle spørgsmål

23. Set i lyset af det indviklede spind af nationale regler og procedurer forekommer de fire spørgsmål, som den forelæggende ret har udformet, ved første øjekast at være ganske komplicerede. Endvidere synes disse spørgsmål at være temmelig vidtrækkende, idet de generelt vedrører: EU-rettens virkning, endelige administrative afgørelsers status eller bindende virkning, eventuelt kombineret med pligten til at genoptage disse retskraftige afgørelser, og grundlæggende rettigheder i sager, hvorved der pålægges strafferetlige sanktioner.

24. Det er min opfattelse, at denne sag kan gribes an på en langt mere afgrænset måde. Der kan muligvis gives nyttig vejledning til den forelæggende ret uden at beskæftige sig med alle de vanskeligheder, der er indeholdt i national ret, som er ganske indgående beskrevet af den forelæggende ret, samt de elementer af national retspraksis, der peger i forskellige retning. Selv om sådanne drøftelser kan være spændende, er jeg ikke sikker på, at de faktisk er nødvendige

inden for rammerne af den foreliggende sag. Jeg foretrækker i stedet at fokusere på det praktiske problem, som opstår for enkeltpersoner, der er genstand for sådanne sager, især hvad angår retten til forsvar og retten til domstolskontrol.

25. For at kunne gøre dette er der tre elementer, som indledningsvis skal drøftes. Hvad er for det første problemstillingen i henhold til national ret? For det andet, hvorledes forholder chartret og dets artikel 47 sig til direktivet om overtagelsestilbud og rummes inden for rammerne af nærværende sag? For det tredje tvinger begge disse punkter mig til at omformulere og forenkle de spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, forhåbentligt uden at tabe problemet af syne.

26. For det første er det i den foreliggende sag afgørende at forstå to elementer i den nationale forvaltningsret: dels de processuelle regler for, hvorledes overtagelseskommissionen gennemfører sine administrative sager vedrørende angivelige overtrædelser af reglerne om obligatoriske overtagelsestilbud, dels de nationale processuelle regler, der giver administrative afgørelser, som er blevet endelige, bindende virkning.

27. Overtagelseskommissionen har beføjelse til at indlede en undersøgelse af bl.a., hvorvidt en indehaver af kapitalandele har undladt at fremsætte et obligatorisk overtagelsestilbud som omhandlet i ÜbG's § 22, stk. 1, ved erhvervelsen af »større besiddelser« i et målselskab. Dette kan overtagelseskommissionen også gøre, når en gruppe af parter »handler i forståelse med andre« for at erhverve sådanne kapitalandele [3].

28. Imidlertid er proceduren opdelt i konstateringer af de *objektive* og *subjektive* elementer af den manglende fremsættelse af et obligatorisk overtagelsestilbud [4]. Som parterne har forklaret, foretages disse konstateringer adskilt, idet den *objektive* konstatering af, hvorvidt en part undlod at fremsætte et obligatorisk overtagelsestilbud, vurderes i en indledende sag og afgøres ved en indledende afgørelse. Imidlertid afgøres spørgsmålet om strafferetligt ansvar ikke i den indledende sag. Dette ansvar behandles i en efterfølgende konstatering, hvor de *subjektive* betingelser for, at der foreligger et administrativt ansvar, som synes at udgøre en strafferetlig sanktion, fastlægges.

29. Den eventuelle *retlige kontrol* af hver af disse konstateringer går i forskellige retninger. Overtagelseskommissionen har forklaret, at den indledende sag og den administrative straffesag er *underlagt* forskellige klageinstanser. Den *indledende* sag kan påklages til Oberster Gerichtshof (øverste domstol). Det er imidlertid blevet anført, at Oberster Gerichtshofs (øverste domstol) efterprøvelse i sådanne sager er begrænset til retlige spørgsmål. Den kan ikke efterprøve faktiske omstændigheder. Derimod kan den administrative straffesag anfægtes ved Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) og i visse tilfælde endvidere ved Verwaltungsgerichtshof (forvaltningsdomstol, Østrig). Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) har »fuld prøvelsesret« i retlige og faktisk henseende med hensyn til afgørelsen fra den administrative straffesag. Imidlertid synes denne prøvelsesret at være underlagt den bindende karakter af en forudgående afgørelse, som overtagelseskommissionen eller en anden myndighed eller retsinstans har truffet, og som er blevet endelig.

30. Overtagelseskommissionen har gjort gældende, at den med hensyn til begge klageinstanser fungerer som en »ret i første instans«. Således kan både den indledende sag og straffesagen indbringes for mindst to klageinstanser.

[3] ÜbG's § 22a, nr. 1.

[4] I henhold til ÜbG's § 33 og 35.

31. Den forelæggende ret har forklaret, at når en administrativ afgørelse, som overtagelseskommissionen har truffet, bliver endelig, er overtagelseskommissionen selv samt andre administrative myndigheder bundet af denne tidligere afgørelse. Endvidere opstår den samme virkning for Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager), hvis denne domstol anmodes om at træffe afgørelse om den samme faktiske og retlige situation som den, overtagelseskommissionen har taget stilling til. Således indebærer ordningen med »to runder« sager ved overtagelseskommissionen i praksis, at den efterfølgende administrative straffesag vedrørende de (subjektive) elementer af undladelsen af at fremsætte et overtagelsestilbud er bundet af den indledende sags forudgående (objektive) konstateringers bindende virkning, når en afgørelse af denne sag er blevet endelig.

32. Kort sagt er det, som jeg forstår det, dér, hvor det praktiske problem ligger. Det, som der er truffet afgørelse om i den »første« indledende sag, er bindende for alle de efterfølgende sager, både administrativt og retligt. Endvidere eller nærmere frem for alt opstår denne »bindende virkning« ikke kun på tværs af procedurer vedrørende de samme parter (partsidentitet på tværs af sagerne)[5]. Den opstår endvidere, hvilket er ganske afgørende, med hensyn til situationer, hvor en sådan »identitet« mildt sagt forekommer tvivlsom (f.eks. når enkeltpersoner straffes personligt i den »anden« runde, selv om det i den »første« runde alene var deres selskab, der formelt deltog i den indledende procedure).

33. På baggrund af en sådan ordning har den forelæggende ret for det andet stillet fire spørgsmål. Det *første* og det *andet* spørgsmål vedrører foreneligheden af de østrigske nationale processuelle regler om den endelige karakter af administrative afgørelsers set i relation til at bevare den materielle virkning af artikel 4 og 17 i direktivet om overtagelsestilbud. De to spørgsmål adskiller sig fra hinanden for så vidt angår spørgsmålet om partsidentitet, eller mangel på samme, på tværs af sagerne.

34. Artikel 4 og 17 i direktivet om overtagelsestilbud vedrører udpegningen af en tilsynsmyndighed og dens beføjelser og fastsættelsen af sanktioner ved overtrædelsen af de nationale foranstaltninger, der træffes til gennemførelse af dette direktiv. Det er midlertidig ikke klart, og den forelæggende ret har ikke forklaret, hvorledes disse bestemmelser kan give nogen vejledning med hensyn til de konkrete spørgsmål, der er rejst i nærværende sag.

35. Det *tredje* og *fjerde* spørgsmål vedrører denne samme problemstilling set i forhold til chartret. Der spørges nærmere bestemt til, om chartrets artikel 47 er til hinder for nationale processuelle regler, hvorefter en afgørelse, som en administrativ myndighed har truffet vedrørende overtrædelse af nationale regler om overtagelsestilbud, og som er blevet endelig, binder samme administrative myndighed i en senere (administrativ) straffesag. Der ønskes med det tredje spørgsmål vejledning om denne forenelighed ud fra det synspunkt, at der foreligger partsidentitet mellem de to sager, som nævnte administrative myndighed har gennemført. Med det fjerde spørgsmål spørges der om det samme ud fra det synspunkt, at der ikke foreligger partsidentitet.

36. Sammenholdt synes de fire spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, således at sidestille den »fulde virkning« af direktivet om overtagelsestilbud med overholdelsen af processuelle rettigheder, der bl.a. er beskyttet af chartret. Den forelæggende ret synes at antyde, at der består en vis spænding mellem disse to mål. Den uudtalte antagelse synes at være, at der

[5] Hvilket den forelæggende ret har anført normalt vil være betingelsen i henhold til national ret – jf. ovenfor i dette forslag til afgørelses punkt 17.

enten kan være effektive sanktioner eller beskyttelse af grundlæggende rettigheder, men ikke begge dele. Der er måske endda en yderligere uudtalt antagelse, nemlig at hvis en sanktion skal være »effektiv«, bør den ikke kunne forstyrres for meget af parternes rettigheder.

37. Jeg synes ikke, at dette er en god antagelse at tage udgangspunkt i.

38. Derimod er det ubestridt, at Østrigs regler om tilsynet med overtagelsestilbud, som bl.a. er indeholdt i ÜbG, udgør en gennemførelse af direktivet om overtagelsestilbud og dermed EU-ret som omhandlet i chartrets artikel 51, stk. 1. Enhver national procedure, som gennemføres inden for rammerne af direktivet om overtagelsestilbud, skal således være forenelig med chartrets artikel 47 og de rettigheder, der garanteres i medfør af EU-retten.

39. Således er det egentlige spørgsmål efter min opfattelse ikke, at man skal vælge mellem »fuld virkning« og »grundlæggende rettigheder«. Det reelle spørgsmål er i stedet, om de østrigske processuelle regler, som anvendt, og som de fremgår af nærværende sag, er forenelige med artikel 4 og 17 i direktivet om overtagelsestilbud, sammenholdt med chartrets artikel 47 og de rettigheder, der er sikret ved EU-retten.

40. På denne baggrund bliver de fire spørgsmål, som den forelæggende ret har stillet, for det tredje til to spørgsmål eller snarere et, med to delspørgsmål. De forelagte spørgsmål kan derfor i det væsentlige omformuleres, så det undersøges, om anvendelsen af de nationale processuelle regler, som de fremgår af nærværende sag, er forenelige med artikel 4 og 17 i direktivet om overtagelsestilbud, når de ses i lyset af princippet om overholdelse af retten til forsvar og/eller chartrets artikel 47. Dette overordnede spørgsmål har to yderligere delspørgsmål: En situation, hvor der foreligger partsidentitet på tværs af sagerne (det første og det tredje spørgsmål), og en, hvor en sådan partsidentitet mangler (det andet og det fjerde spørgsmål).

41. Disse spørgsmål stilles med særlig fokus på den administrative straffeprocedure. Som det fremgår, er det imidlertid ikke denne procedure, der er årsagen til problemet. Dette problem begynder i det »foregående led« med beskyttelsen af sådanne rettigheder i forbindelse med den indledende sag hos overtagelseskommissionen og den begrænsede efterprøvelse af konstateringerne ved Oberster Gerichtshof (øverste domstol), hvormed denne problemstilling føres til »efterfølgende led« til de senere (administrative) straffesager (og potentielt yderligere sager).

42. Henset til betydningen af den indledende procedure vil jeg derfor begynde med det andet og det fjerde spørgsmål og beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder for de parter, der ikke deltog i den indledende procedure og (derfor) ikke kunne anfægte de i den indledende afgørelse foretagne konstateringer (C.1). Jeg vil først derefter vende mig mod det første og det tredje spørgsmål og situationen med partsidentitet mellem sager, dog kun kort (C.2). Forinden vil jeg imidlertid beskrive den standard for grundlæggende rettigheder, der finder anvendelse i forhold til begge sæt spørgsmål (B).

B. De EU-retlige krav

1. Administrative sager og retten til forsvar

43. Retten til forsvar udgør et generelt princip i EU-retten, som finder anvendelse, så snart en myndighed over for en person påtænker at træffe en for vedkommende bebyrdende retsakt[6]. Denne afgørelses adressat skal under disse omstændigheder have lejlighed til at blive hørt og fremkomme med sine bemærkninger, *før* afgørelsen træffes[7]. Disse rettigheder er nødvendige i *alle* sager, som fører til en bebyrdende afgørelse for den berørte part, det være sig civilretlige, strafferetlige, administrative eller andre[8].

44. Det er afgørende, at overholdelsen af en parts subjektive ret til forsvar skal beskyttes *af administrative myndigheder*, når de gennemfører deres sager[9]. Disse rettigheder skal være tilgængelige på det tidspunkt, hvor de involveres[10]. Kun på denne måde sikres det, at den pågældende myndighed tager hensyn til alle de relevante forhold, og at den berørte person har lejlighed til at rette en fejl eller fremsætte argumenter for, at der ikke træffes en bebyrdende afgørelse[11].

2. Retlige procedurer og chartrets artikel 47

45. I chartrets artikel 47, stk. 1, er adgangen til effektive retsmidler for en domstol fastsat. De centrale elementer af denne ret er processuel ligestilling, herunder kontradiktionsprincippet[12] og princippet om lighed i processuel henseende[13]. Ved at pålægge en forpligtelse til at give begge parter rimelig mulighed for at fremlægge sin sag under betingelser, der ikke stiller en af parterne i en situation, der er til dennes ugunst i forhold til den anden[14], omhandler chartrets artikel 47 også beskyttelsen af retten til forsvar[15].

6 Jf. dom af 22.10.2013, Sabou (C-276/12, EU:C:2013:678, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis), af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 84), og af 16.10.2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis).

7 Dom af 19.2.2009, Kamino International Logistics (C-376/07, EU:C:2009:105, præmis 42 og 43), af 5.11.2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, præmis 47), og af 16.10.2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, præmis 41).

8 Dom af 14.9.2010, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (C-550/07 P, EU:C:2010:512, præmis 92 og den deri nævnte retspraksis), af 5.3.2015, Kommissionen m.fl. mod Versalis m.fl. (C-93/13 og C-123/13 P, EU:C:2015:150, præmis 94 og den deri nævnte retspraksis), og af 6.10.2020, Bank Refah Kargaran mod Rådet (C-134/19 P, EU:C:2020:793, præmis 56).

9 Jf. dom af 26.9.2013, Texdata Software (C-418/11, EU:C:2013:588, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis), og af 17.3.2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

10 Jf. i denne retning dom af 22.11.2012, M. (C-277/11, EU:C:2012:744, præmis 90), af 16.10.2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, præmis 47-49), og af 2.2.2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, præmis 42 og 44 og den deri nævnte retspraksis).

11 Dom af 21.12.2011, Frankrig mod People's Mojahedin Organization of Iran (C-27/09 P, EU:C:2011:853, præmis 65 og den deri nævnte retspraksis), af 5.11.2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, præmis 47), og af 16.10.2019, Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:861, præmis 41).

12 Dom af 21.9.2010, Sverige m.fl. mod API og Kommissionen (C-514/07 P, C-528/07 P og C-532/07 P, EU:C:2010:541, præmis 88 og den deri nævnte retspraksis).

13 Dom af 30.6.2016, Toma og Biroul Executorului Judecătoresc Horațiu-Vasile Cruduleci (C-205/15, EU:C:2016:499, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

14 Dom af 17.7.2014, Sánchez Morcillo og Abril García (C-169/14, EU:C:2014:2099, præmis 49).

15 Dom af 25.7.2018, Minister for Justice and Equality (Mangler ved domstolssystemet) (C-216/18 PPU, EU:C:2018:586, præmis 67), og af 24.6.2019, Kommissionen mod Polen (Den øverste domstols uafhængighed) (C-619/18, EU:C:2019:531, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis).

46. Det er korrekt, at det samlede spektrum af de garantier, der følger af artikel 6, stk. 2 og 3, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter »EMRK«), som chartrets artikel 47 og 48 svarer til, kun viser sig i sager, der kan medføre en sanktion af »strafferetlig« karakter [16]. Det fremgår også klart af ordlyden af chartrets artikel 47, at denne bestemmelse ikke er begrænset til sager, der alene fører til pålæggelsen af »strafferetlige« sanktioner. Denne bestemmelse fastlægger nemlig et sæt rettigheder, der skal beskyttes i alle retlige procedurer [17].

47. Der skal kunne foretages en efterprøvelse af, hvorvidt nævnte sæt rettigheder er blevet respekteret, både retligt og faktisk, af en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47 [18]. Som omhandlet i retspraksis skal et sådant organ være oprettet ved lov, være permanent, virke som obligatorisk retsinstans, anvende en kontradiktorisk sagsbehandling, træffe afgørelse på grundlag af retsregler og være uafhængigt (internt og eksternt) [19].

48. For at domstolskontrollen i henhold til chartrets artikel 47, stk. 1, kan være effektiv, kræver denne prøvelse som udgangspunkt »fuld prøvelsesret« af mindst *en instans* [20]. Rækkevidden for en sådan »domstols« efterprøvelse kan være begrænset til f.eks. alene retlige spørgsmål [21]. Imidlertid skal den administrative myndighed, der har kompetence til at træffe den omhandlede afgørelse i dette tilfælde, *selv* opfylde alle betingelserne for en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47 [22]. På den ene eller anden måde skal der således være mindst én fuldstændig uafhængig instans, der kan betragtes som en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47, stk. 1, og som er berettiget til at foretage en fuld prøvelse af sagen, dvs. af retlige samt faktiske elementer.

C. Den foreliggende sag

1. Forskellige parter i efterfølgende administrative sager

49. Den forelæggende ret har forklaret, at overtagelseskommissionen i forbindelse med den indledende sag foretog en undersøgelse af, hvorvidt parterne i sagen i forhold til den udviste adfærd (objektivt) kunne anses for »at handle i forståelse med andre« for at erhverve »større besiddelser« i Conwert, og hvorvidt dette skulle have udløst forpligtelsen til at fremsætte et obligatorisk overtagelsestilbud. I den efterfølgende (administrative straffe)sag anså overtagelseskommissionen sig for bundet af disse (objektive) konstateringer ved fastlæggelsen af de subjektive elementer med hensyn til undladelsen af at fremsætte et obligatorisk

[16] Jf. i denne retning dom af 2.2.2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, præmis 42 og 43). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.12.2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. og Edizioni del Roma S.R.L. mod Italien (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 40 og den deri nævnte retspraksis).

[17] Jf. i denne retning dom af 17.12.2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België m.fl. (C-336/19, EU:C:2020:1031, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis), og af 2.2.2021, Consob (C-481/19, EU:C:2021:84, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

[18] Jf. i denne retning dom af 11.9.2014, CB mod Kommissionen (C-67/13 P, EU:C:2014:2204, præmis 43-46). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.12.2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. og Edizioni del Roma S.R.L. mod Italien (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 90 og den deri nævnte retspraksis).

[19] Dom af 27.2.2018, Associação Sindical dos Juízes Portugueses (C-64/16, EU:C:2018:117, præmis 38 og den deri nævnte retspraksis). Jf. endvidere med hensyn til uafhængighedens »interne« aspekt dom af 19.11.2019, A.K. m.fl. (Den øverste domstols disciplinærafdelings uafhængighed) (C-585/18, C-624/18 og C-625/18, EU:C:2019:982, præmis 122).

[20] Dom af 6.11.2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684, præmis 49), og af 16.5.2017, Berlioz Investment Fund (C-682/15, EU:C:2017:373, præmis 54-56 og den deri nævnte retspraksis).

[21] Jf. i denne retning dom af 19.9.2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, præmis 61). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.1.2000, Pesti og Frodl mod Østrig (ECLI:CE:ECHR:2000:0118DEC002761895, § 4 og den deri nævnte retspraksis), og af 22.11.1985, Bryan mod Det Forenede Kongerige (ECLI:CE:ECHR:1995:1122JUD001917891, § 47).

[22] Jf. i denne retning dom af 19.9.2006, Wilson (C-506/04, EU:C:2006:587, præmis 61 og 62). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 27.10.2009, Crompton mod Det Forenede Kongerige (ECLI:CE:ECHR:2009:1027JUD004250905, §§ 70-73).

overtagelsestilbud. Ifølge dens opfattelse opstod disse bindende virkninger uanset den omstændighed, at den indledende sag og den administrative straffesag ikke omhandler de samme parter.

50. Efter min opfattelse rejser dette klart EU-retlige spørgsmål vedrørende begge de dele, som netop er beskrevet: set i relation til de berørte parters udøvelse af retten til forsvar (a) og den manglende mulighed for domstolskontrol med »fuld prøvelsesret« (b).

a) Udøvelsen af retten til forsvar

51. HL har forklaret, at han i forbindelse med den indledende sag ikke havde mulighed for at udøve sin ret til forsvar, da han ikke var udpeget som en »part« i sagen (»Parteistellung«). Han blev i stedet blot betragtet som en »deltager« (»Beteiligter«) med hensyn til den indledende sag. I østrigsk ret indebærer disse to former for status tilsyneladende forskellige processuelle rettigheder og garantier. F.eks. har HL forklaret, at han ikke blev underrettet om den indledende sag, han fik ikke adgang til sagsakterne eller til at udøve sin ret til ikke at udtale sig eller til at påklage den indledende afgørelse. Først da den administrative straffesag blev indledt, var HL angiveligt i stand til at udøve disse rettigheder, men alene i forbindelse med denne anden sag. På dette tidspunkt var overtagelseskommissionen imidlertid allerede bundet af den indledende afgørelse, som til den tid var blevet endelig, med hensyn til den objektive fastlæggelse af, at parterne havde »handlet i forståelse med andre«. HL fik derfor fra begyndelsen objektivt henført Adlers handlinger som følge af hans hverv som bestyrelsesmedlem i dette selskab, uden at han fik lejlighed til at udøve sin (egen og personlige) ret til forsvar.

52. I sit svar på et spørgsmål, som Domstolen har stillet, har overtagelseskommissionen gjort gældende, at HL havde mulighed for at deltage i den indledende sag, havde retten til ikke at udtale sig i henhold AVG's § 51 og havde retten til at forsvare sig selv i forbindelse med disse sager. Overtagelseskommissionen har endvidere anført, at HL faktisk »personligt« var inviteret til den indledende sags mundtlige høring, var til stede og deltog deri. Dette indebærer, at HL havde mulighed for at udøve nogle af sine subjektive processuelle rettigheder.

53. Det påhviler den forelæggende ret at efterprøve nærværende sags faktiske omstændigheder samt den nugældende fortolkning af national ret, der synes noget omtvistet.

54. Jeg kan på baggrund af sagsakterne forstå, at HL i forbindelse med den indledende sag deltog på vegne af dette selskab i sin egenskab af *bestyrelsesmedlem* i Adler, men ikke på egne vegne. Faktisk synes der ikke at være noget, som tyder på, at hans personlige ansvar objektivt blev undersøgt af overtagelseskommissionen i den indledende sag. Det var selskabets medvirken, der var blevet undersøgt. Spørgsmålet om HL's *personlige* medvirken synes alene at opstå i forbindelse med den administrative straffesag.

55. Overtagelseskommissionen synes imidlertid at gøre gældende, at HL, uanset uoverensstemmelsen mellem parterne i de to sager, kunne have udøvet sin *personlige* ret til forsvar i forbindelse med den indledende sag indirekte via Adler, når han repræsenterede sidstnævnte juridiske enhed som bestyrelsesmedlem, da begge parter delte de samme interesser (»*Interessengleichlauf*«).

56. Jeg er uenig i denne logik af (mindst) to grunde.

57. For det første kan man ikke se bort fra den ganske bemærkelsesværdige mulighed for, at der kan opstå en *interessekonflikt* og/eller en tilsidesættelse af tillidsforpligtelserne for direktører for selskaber, der stilles i en situation som den, overtagelseskommissionen har beskrevet. Det er bestemt i vidt omfang korrekt at antage for så vidt angår den større sammenhæng, at både selskabet og dets direktør(er) eller andre medlemmer af dets ledende organer sandsynligvis har den samme interesse i, at deres selskab ikke kendes skyldig i at tilsidesætte reglerne om overtagelsestilbud. Kan det imidlertid med hensyn til andre spørgsmål, der eventuelt opstår undervejs, reelt udelukkes, at en direktør eller et bestyrelsesmedlem ikke befinder sig i en situation, hvor den pågældende skal vælge mellem selskabets interesser og sine egne interesser, navnlig inden for rammerne af, hvad der synes at være et efterfølgende administrativt personligt ansvar for direktører med pålæggelse af strafferetlige sanktioner?

58. For det andet er retten til forsvar af *subjektiv* karakter. Ifølge fast retspraksis kan disse rettigheder ikke overføres til en anden person, fysisk eller juridisk, og de kan afgjort ikke udøves på vegne af en anden person [23]. Det er de berørte parter selv, der skal være i stand til effektivt at udøve de rettigheder, som EU-retten har tildelt dem, uanset karakteren af den procedure, som de er omfattet af.

59. Uden et ønske om at lyde for formalistisk kan jeg således ikke støtte forudsætningen om, at en fysisk person, der handler på vegne af et selskab (og således efter den normale opfattelse handler *som selskabet*, en juridisk persons lovpligtige repræsentant), faktisk er den samme, som den person, der handler ud fra sine personlige interesser og på egne vegne. Dette er så meget desto mere sandt i tilfælde, hvor begge personers interesser i løbet af disse sager kan være forskellige hvis ikke direkte i konflikt.

60. I den foreliggende sag fremgår det, at HL personligt kun var i stand til at udøve *sin* ret til forsvar i forbindelse med den administrative straffesag. På dette tidspunkt var den indledende afgørelse imidlertid allerede blevet endelig. Den administrative straffesag var derfor hvad angår de »objektive« elementer af overtagelseskommissionens undersøgelse af en mulig tilsidesættelse af forpligtelsen til at fremsætte et obligatorisk overtagelsestilbud bundet heraf. Dette indebar, at HL's adfærd blev bedømt på forhånd, uden han havde lejlighed til at fremkomme med sine bemærkninger, *før* den afgørelse blev truffet [24].

b) Manglende adgang til en domstol med »fuld prøvelsesret«

61. GM, HL og Adler er af den opfattelse, at chartrets artikel 47 i den foreliggende sag er til hinder for anerkendelsen af den indledende afgørelses bindende virkning med henblik på den administrative straffesag. Disse parter har med hensyn til chartrets artikel 47, stk. 1, gjort gældende, at det som følge af den begrænsede domstolskontrol, som Oberster Gerichtshof (øverste domstol) kan foretage, undergraver deres ret til effektiv domstolsbeskyttelse i henhold til chartret at anerkende den indledende afgørelses bindende virkning, efter den blev endelig, i forbindelse med den efterfølgende administrative straffesag og søgsmålet for Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager).

[23] Jf. f.eks. dom af 9.6.2011, Evropaïki Dynamiki mod ECB (C-401/09 P, EU:C:2011:370, præmis 49), og af 10.9.2015, Fliesen-Zentrum Deutschland (C-687/13, EU:C:2015:573, præmis 73). Jf. endvidere af nyere dato dom af 19.9.2019, Zhejiang Jndia Pipeline Industry mod Kommissionen (T-228/17, EU:T:2019:619, præmis 36).

[24] Dom af 5.11.2014, Mukarubega (C-166/13, EU:C:2014:2336, præmis 46 og 47 og den deri nævnte retspraksis).

62. Overtagelseskommissionen har modsat sig disse synspunkter. Den har gjort gældende, at de processuelle garantier, der ligger til grund for både den indledende procedure og den administrative straffeprocedure, er af en sådan beskaffenhed, at afgørelserne træffes af en uafhængig og upartisk »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47. Det forhold, at overtagelseskommissionen således i begge tilfælde fungerer som »domstolen i førsteinstans«, hvilket begrænser Oberster Gerichtshofs (øverste domstol) prøvelsesstandard til alene retlige spørgsmål, er foreneligt med chartrets artikel 47.

63. Logikken bag betingelserne i chartrets artikel 47, stk. 1, kræver en toleddet vurdering [25]. For det første om overtagelseskommissionen, således som den har gjort gældende, faktisk udgør en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47 [1)]. For det andet om dens afgørelser ellers er genstand for domstolskontrol med »fuld prøvelsesret« [2)].

1) Er overtagelseskommissionen en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47?

64. En af de kumulative betingelser, som skal være opfyldt, for at der er tale om en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47, er, om den omhandlede myndighed er »uafhængig« [26]. Den vedrører det forhold, at der skal være den samme afstand til tvistens parter og deres respektive interesser for så vidt angår tvistens genstand [27]. Med andre ord kan det omhandlede organ ikke optræde som en part i egen sag i strid med princippet »nemo judex in sua causa« [28].

65. Uden at det er fornødent at gennemgå alt det, som kræves for at opfylde betingelserne for en »domstol« som fastsat i chartrets artikel 47, fremgår det, at overtagelseskommissionen ikke opfylder kravet, som er forbundet med »uafhængighed«.

66. GM har i besvarelsen af et spørgsmål, som Domstolen har stillet, anført, at overtagelseskommissionen i henhold til ÜbG's § 29, stk. 1, er ansvarlig for gennemførelsen af ÜbG og derfor har fået tildelt omfattende beføjelser ex officio, herunder beføjelsen til at indlede indledende sager og administrative staffesager. I sådanne sager træffer overtagelseskommissionen selv afgørelse om rækkevidden af og genstanden for sagen og foretager selv undersøgelsen til brug for denne sag. Med forbehold for den forelæggende rets bekræftelse heraf fremgår det af ÜbG's § 33, stk. 4, at overtagelseskommissionen i sager, der indledes i henhold til en begrundet anmodning, har enekompetence til at beslutte, om en sag skal fortsætte, selv om den pågældende anmodning senere trækkes tilbage.

67. I en nøddeskal synes overtagelseskommissionen således at udfylde en række roller i national ret: undersøger, anklager samt »dommer«. Intet tyder på, at overtagelseskommissionen internt arbejder inden for rammerne af en fast funktionel adskillelse mellem på den ene side denne myndigheds tjenestegrene, som varetager undersøgelsen og beslutningsprocessen i forbindelse med gennemførelsen af direktivet om overtagelsestilbud, og på den anden side et organ, som træffer afgørelse vedrørende klager, der indbringes vedrørende de nævnte tjenestegrenes afgørelser [29].

[25] Beskrevet ovenfor i nærværende forslag til afgørelses punkt 48.

[26] Jf. nærværende forslag til afgørelses punkt 47 ovenfor.

[27] Jf. f.eks. dom af 22.12.2010, RTL Belgium (C-517/09, EU:C:2010:821, præmis 38-40 og den deri nævnte retspraksis).

[28] Jf. i denne retning dom af 21.1.2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis). Jf. endvidere Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.12.2020, Edizioni del Roma Societa Cooperativa A.R.L. og Edizioni del Roma S.R.L. mod Italien (ECLI:CE:ECHR:2020:1210JUD006895413, § 64).

[29] Jf. dom af 21.1.2020, Banco de Santander (C-274/14, EU:C:2020:17, præmis 72-77).

68. Overtagelseskommissionen synes dog i efterfølgende retlige sager vedrørende anfægtelser af dens indledende eller dens administrative straffesag at agere som sagsøgeren i sin egen sag for at forsvare sine afgørelser ved den kompetente østrigske ret [30]. Den agerer således ikke som en uafhængig tredjemand mellem på den ene side den formodede lovovertræder og på den anden side den administrative myndighed, som har til opgave at kontrollere overholdelsen af overtagelsestilbud.

69. Naturligvis tilkommer det den forelæggende ret at træffe afgørelse om alle disse elementer. I lyset af de til Domstolen fremsendte besvarelser og de grunde, som er opstillet i dette forslag til afgørelses foregående punkt, er jeg imidlertid ikke overbevist om, at overtagelseskommissionen opfylder betingelserne om »domstolskriteriet« som omhandlet i chartrets artikel 47. Jeg vil gerne påpege, at en sådan foreløbig konklusion, som det igen alene tilkommer den forelæggende ret at bekræfte, på ingen måde sætter spørgsmålstegn ved den omstændighed, at visse nationale administrative myndigheder vil være tillagt et avanceret uafhængighedsniveau og besidde den højeste sagkundskab på deres respektive aktivitetsområder.

70. Imidlertid kendetegner dette ikke en »uafhængig« domstol. En uafhængig domstol i henhold til chartrets artikel 47, stk. 1, er kendetegnet ved sin fuldstændige uafhængighed, både »internt« og »eksternt«. Den er for *det tredje* uafhængig med hensyn til begge parter. I overensstemmelse med denne logik har besluttende afdelinger, som er en del af en administrativ myndighed, eller endog funktionelt meget uafhængige appelkamre, som er en del af en administrativ myndighed, stadig tendens til at være omfattet af den offentlige forvaltning og ikke en del af retsvæsenet [31].

71. Da overtagelseskommissionen ikke udgør en »domstol« som omhandlet i chartrets artikel 47, stk. 1, bliver spørgsmålet således, om de kompetente nationale domstole i den foreliggende sag har »fuld prøvelsesret« med hensyn til overtagelseskommissionens afgørelser.

2) Er der tale om en domstolskontrol med »fuld prøvelsesret«?

72. Domstolskontrollen af overtagelseskommissionens afgørelser synes at variere afhængig af den pågældende sag. På den ene side kan konstateringerne fra den *indledende* sag appelleres til Oberster Gerichtshof (øverste domstol). Denne domstols prøvelse er begrænset til alene retlige spørgsmål [32]. Den synes således ikke at have »fuld prøvelsesret« med hensyn til faktiske spørgsmål [33]. På den anden side kan konstateringerne fra den *administrative straffesag* appelleres til Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager) (som i nærværende sag er den forelæggende ret) [34]. Denne domstol synes at have »fuld prøvelsesret« til at foretage en retlig og faktisk efterprøvelse af overtagelseskommissionens konstateringer.

[30] Ibidem, præmis 42.

[31] Jf. analogt retspraksis vedrørende antagelsen til realitetsbehandling af anmodninger om præjudiciel afgørelse fra forskellige afdelinger (klageinstanser eller domstolslignende afdelinger) i organer inden for den offentlige forvaltning f.eks. dom af 31.5.2005, Syfait m.fl. (C-53/03, EU:C:2005:333, præmis 31-37), eller af 30.5.2002, Schmid (C-516/99, EU:C:2002:313, præmis 34-38).

[32] Jf. nærmere nærværende forslag til afgørelses punkt 29.

[33] Jf. i denne henseende ÜbG's § 30a, stk. 1 og 2. Jf. derimod f.eks. den efterprøvelse, der følger i henhold til tysk ret med hensyn til en afgørelse truffet af Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (forbundsfinanstilsynet, Tyskland), der giver mulighed for en prøvelse af retlige og faktiske spørgsmål. Jf. § 48 i Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz (den tyske lov om erhvervelse af kapitalandele og overtagelse).

[34] ÜbG's § 35, stk. 3.

73. Den forelæggende ret har imidlertid forklaret, at den i praksis ikke udøver »fuld prøvelsesret«, da den ikke kan efterprøve overtagelseskommissionens indledende afgørelse. Den forelæggende ret har anført, at den som følge af de brede bindende virkninger, som de østrigske processuelle regler tillægger endelige administrative afgørelser, er bundet af overtagelseskommissionens (nu endelige) konstateringer i den indledende afgørelse og ikke kan efterprøve disse konstateringer.

74. Sammenfattende opstiller national ret en ordning, hvor overtagelseskommissionen, som i) ikke besidder de kvaliteter, som en »domstol« har, træffer en afgørelse, som ii) ikke kan efterprøves fuldt ud af Oberster Gerichtshof (øverste domstol), og som, iii) når den er blevet endelig, iv) har bindende virkning for ikke kun overtagelseskommissionen selv i fremtidige sager, der har samme parter (hvilket fortolkes ret bredt af dette organ), det samme retsgrundlag og samme sagsgenstand, men tillige v) for enhver domstol, der normalt har til opgave at efterprøve disse beslægtede sager.

75. Hvis dette rent faktisk er tilfældet, er en sådan situation efter min opfattelse i strid med chartrets artikel 47 og kravet om effektiv domstolsbeskyttelse.

76. Jeg skal fremhæve, at denne uoverensstemmelse opstår *for hver deltager* i den »første« indledende sag, da der synes ikke at være en »domstol« med fuld prøvelsesret som krævet i chartrets artikel 47, stk. 1. I tillæg til dette oprindelige problem opstår der *yderligere* et med hensyn til den særlige situation, som de parter, der end ikke deltog i den første indledende sag, befinder sig i.

2. De samme parter i den efterfølgende sag

77. GM har gjort gældende, at da han ikke deltog som en »part« i den indledende sag, blev han ikke informeret om, at denne sag kunne føre til pålæggelsen af en »strafferetlig« sanktion i kraft af en administrativ straffesag. Han har endvidere anført, at han i forbindelse med den indledende sag ikke fik mulighed for ikke at udtale sig.

78. Overtagelseskommissionen er af den opfattelse, at samtlige GM's grundlæggende rettigheder blev respekteret i forbindelse med den indledende sag og den administrative straffesag.

79. Selv om det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve disse forhold, er resultatet med henblik på beskyttelse af GM's grundlæggende rettigheder det samme som det, der gælder med hensyn til HL's og Adlers særlige forhold. På en måde er det problem, der opstår i den første runde, *det samme for alle parterne*. Det er blot det, at den yderligere problemstilling om den manglende ret til forsvar muligvis ikke opstår hvad angår den særlige situation, hvor parterne er de samme på tværs af sagerne (dette er naturligvis under forudsætning af, at disse rettigheder, som opstod i forbindelse med den »første runde«, kunne have været udøvet, da de blev involveret).

80. Jeg kan derudover ikke se nogen grund til, hvorfor en tidligere administrativ sags objektive konstateringer i princippet ikke kan lægges til grund i en parallel eller senere administrativ sag, der opstår på grundlag af de samme faktiske omstændigheder[35]. Det er almindelig praksis, at senere administrative afgørelser lægger konstateringer, oplysninger eller endog beviser, der er indeholdt i deres tidligere afgørelser eller endog andre administrative myndigheders afgørelser, til grund.

[35] Jf. mit forslag til afgørelse Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, punkt 39).

81. Imidlertid er det afgørende for alle sådanne »overførsler på tværs af sagerne«, at den berørte part fuldt ud skal kunne udøve sin ret til forsvar, når en sådan ret opstår, eller når den skulle have opstået [36]. Det kan ikke forholde sig således, at en sådan part pludselig står over for et fait accompli, der i det væsentlige foregriber dennes situation, uden at denne part nogen sinde har haft mulighed for at fremsætte sine bemærkninger.

82. For så vidt som det fremgår, at GM var part i begge sager, både personligt og på egne vegne, opstår de strukturelle problemer som følge af manglende partsidentitet på tværs af de forskellige sager ikke [37]. Hvorvidt hans ret til forsvar blev respekteret i det konkrete tilfælde i hver af de to sager, tilkommer det den forelæggende ret at kontrollere.

3. En afsluttende bemærkning

83. Jeg finder det nødvendigt at påpege, at dette forslag til afgørelse på ingen måde sætter spørgsmålstegn ved muligheden for i national ret, at de bindende virkninger af administrative afgørelser, der er blevet endelige, udvides på tværs af sager. Igen er det ganske almindeligt, at en afgørelse udgør grundlaget for en anden afgørelse eller tages i betragtning i en anden sag [38]. I de fleste tilfælde taler administrativ effektivitet sammen med lighed og administrative bestemmelsers forudsigelighed netop for at overføre visse konstateringer på tværs af sagerne [39].

84. Om og hvorledes der i den interne retsorden er et ønske om at skabe bindende virkninger for administrative myndigheders endelige afgørelser er overladt til medlemsstaternes procesautonomi. EU-rettens beskyttelse af grundlæggende rettigheder begrænser kun den autonomi i det omfang, det er nødvendigt for at etablere effektiv beskyttelse af disse rettigheder [40].

85. Det er endvidere klart, at medlemsstater ikke er forpligtet til at indføre en ordning for administrative afgørelser, hvor den administrative myndighed selv opfylder »domstolskriteriet« som omhandlet i chartrets artikel 47. Når rettigheder følger af EU-retten, flytter (domstols)kontrollen af denne myndigheds afgørelser i henhold til EU-retten imidlertid til det »forudgående led«, som er de kompetente nationale domstole.

86. I denne sammenhæng er det eneste, der er blevet påpeget i dette forslag til afgørelse, at den specifikke kombination af institutionelle og processuelle valg, som den nationale lovgiver har foretaget, er problematisk af to grunde. For det første skal der i den indledende sag på et eller andet tidspunkt være mulighed for at anfægte den indledende afgørelse ved en domstol med »fuld prøvelsesret«, hvis parterne ønsker at gøre dette. For det andet tillader beskyttelsen af (deres i sagens natur) subjektive rettigheder ikke en »ansvarspålæggelse ved stedfortræder« på tværs af administrative sager, hvor enkeltpersoner befinder sig i en situation, hvor deres sag delvist afgøres på forhånd af konstateringer vedrørende deres adfærd, som er fastlagt i en tidligere sag, med hensyn til hvilken de ikke var part i.

[36] Jf. nærværende forslag til afgørelses punkt 44.

[37] Jf. nærværende forslag til afgørelses punkt 54-60.

[38] Jf. vedrørende moms f.eks. dom af 17.12.2015, WebMindLicenses (C-419/14, EU:C:2015:832, præmis 68 og 90). Jf. endvidere mit forslag til afgørelse Glencore Agriculture Hungary (C-189/18, EU:C:2019:462, punkt 39 og den deri nævnte retspraksis).

[39] Selv om hensynet til administrativ effektivitet ikke kan fungere som en let løsning for at begrænse beskyttelsen af grundlæggende rettigheder. Jf. i denne retning dom af 30.6.2011, Zeturf (C-212/08, EU:C:2011:437, præmis 48).

[40] Jf. i denne retning dom af 11.11.2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

V. Forslag til afgørelse

87. Jeg foreslår, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Bundesverwaltungsgericht (forbundsdomstol i forvaltningsretlige sager, Østrig) således:

»Artikel 4 og 17 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/25/EF af 21. april 2004 om overtagelsestilbud, sammenholdt med artikel 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder og retten til forsvar, skal fortolkes således, at de er til hinder for anvendelsen af nationale processuelle regler, der har den virkning, at de forhindrer berørte parter i fuldt ud at udøve deres ret til forsvar i forbindelse med en efterfølgende administrativ straffesag, der fastslår det subjektive ansvar for en tilsidesættelse i henhold til direktiv 2004/25, eller som ikke giver parterne adgang til et effektivt retsmiddel for en domstol som omhandlet i chartrets artikel 47, stk. 1.«